

WYROK
z dnia 04 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

**Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 listopada 2016 r. odwołania wniesionego w dniu 20 października 2016 r. przez wykonawcę **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., ul. gen. Zygmunta Waltera Jankego 13, 40-615 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Wytwarzanie S.A., ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., ul. gen. Zygmunta Waltera Jankego 13, 40-615 Katowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., ul. gen. Zygmunta Waltera Jankego 13, 40-615 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są Remonty planowe i modernizacje turbin w Tauron Wytwarzanie S.A.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiocie badania, oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonując czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu naruszył następujące przepisy: art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 PZP poprzez błędne przyjęcie, że oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu, wobec niewykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych przez niego zdolności technicznych lub zawodowych przy jednoczesnym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd co do faktu, że warunki te spełnia w związku z czym należało wykluczyć Wykonawcę z Postępowania, a jego ofertę uznać za odrzuconą; art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie posiadanych przez Wykonawcę zdolności technicznych lub zawodowych; art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy podczas gdy oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu; art. 91 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, podczas gdy powinna ona zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie; art. 91 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu wnikliwej i rzetelnej oceny oferty złożonej przez Wykonawcę podczas gdy dochowanie staranności w tym zakresie prowadziłoby do uznania, że Wykonawca nie posiada wymaganych w niniejszym Postępowaniu zdolności technicznych lub zawodowych, co z kolei powinno prowadzić do jego wykluczenia oraz odrzucenia jego oferty, art. 7 ust 2 PZP w związku z art. 42 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/Ue z Dnia 26 Lutego 2014 R. w sprawie Udzielania Zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej Dyrektywę 2004/17/We z dnia 26 Lutego 2014 r. poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady unikania konfliktu interesów i w

konsekwencji naruszenie konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez pominięcie przy ocenie wykonawców podlegających wykluczeniu powiązań między członkiem Zarządu Zamawiającego (a więc osobą mającą co najmniej pośredni wpływ na wynik postępowania) a wybranym w przetargu Wykonawcą (w szczególności faktu pracy Wiceprezesa Zarządu Zamawiającego na niespełna rok przed przetargiem na stanowisku wiceprezesa wybranego Wykonawcy) oraz podmiotami powiązаныmi z Wybranym Wykonawcą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny oraz wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie oferty Wykonawcy w związku ze złożeniem jej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania, z powodu niepotwierdzenia przez tego Wykonawcę posiadanej niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, według norm prawem przepisanych.

Zamawiający wprowadził warunek posiadania odpowiednich zdolności technicznych lub zawodowych jako przesłankę dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Wykonawca zobowiązany był do wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał przynajmniej jedną usługę w zakresie remontu lub modernizacji układu przepływowego turbiny parowej osiowej, przynajmniej dwukadłubowej, turbozespołu o mocy nie mniejszej niż 100 MW, przy czym wartość tej usługi nie mogła być mniejsza niż 4.000.000,00 złotych brutto, na wstępne potwierdzenie czego Wykonawca zobowiązany był do wypełnienia Części IV sekcji C pkt Ib JEDZ.

Zamawiający wezwał Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, to jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania doświadczenia wykonawcy przy realizacji innych projektów. Wykonawca m.in. przedłożył Protokół Odbioru Wykonanych Robót/Prac z dnia 1 sierpnia 2014 roku potwierdzających terminowe i jakościowo dobre wykonanie remontu kapitalnego i modernizacji turbiny wraz z urządzeniami pomocniczymi na bloku nr 3 w Tauron Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie, który był realizowany na podstawie umowy nr 2014/0178/RR zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

W opinii Odwołującego, przywołany powyżej dokument nie poświadcza prawdy, co dyskwalifikuje go z niniejszego postępowania. Dokument potwierdza, że Wykonawca dokonał remontu kapitalnego turbiny z zachowaniem dobrej jakości prac, podczas gdy z informacji Odwołującego jednoznacznie wynika, że prace te zostały wykonane nieterminowo, z naruszeniem wymogów jakościowych oraz że ich zakres nie odpowiadał temu, wymaganemu przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W opinii Odwołującego, nie sposób w sposób obiektywny twierdzić, że prace zostały wykonane dobrze jeżeli Wykonawca nie był w stanie wykonać całego zakresu powierzonych mu robót (zakres ten został zmniejszony w stosunku do pierwotnego). Pozostały zakres, który udało się Wykonawcy dokończyć, wykonał wadliwie i z naruszeniem terminu umownego. W konsekwencji mamy więc do czynienia z nienależytym wykonaniem zamówienia, które dyskwalifikuje przyjęcie, że prace ujęte w Protokole zostały wykonane dobrze.

Odwołujący podkreślił, że złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane przez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 PZP, gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą nie może zostać uznany za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. nie posiada wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych. Nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje koniecznością wykluczenia go z postępowania. Odwołujący podkreślił, że wykluczeniu podlega także ten wykonawca, który wprowadził Zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP). Wykluczenie wykonawcy nakłada natomiast na Zamawiającego obowiązek uznania oferty za odrzuconą. Powyższe winno skutkować uznaniem, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 7 PZP, Zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.

Na etapie prowadzenia postępowania Prawo zamówień publicznych realizuje zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji poprzez obowiązek eliminowania wykonawców

nierzetelnych i niewiarygodnych (art. 24). Nie chodzi bowiem o zapewnienie jakiegokolwiek konkurencji, tylko konkurencji na odpowiednim poziomie, gwarantującym, że zobowiązania wynikające z oferty będą należycie wykonane. Temu też służą przepisy obowiązujące na etapie weryfikacji wykonawców i oceny ofert, nakazujące wykluczanie tych spośród nich, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, np. z powodu braku odpowiedniego doświadczenia.

Odwołujący wskazał także na występujący w ramach postępowania konflikt interesów, który w ocenie Odwołującego, mógł mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Konflikt ten wynika z powiązań Członka Zarządu Zamawiającego Z.K. z Wykonawcą.

Odwołujący wskazał, że z danych Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że Pan K. pełni funkcję Wiceprezesa Zarządu Zamawiającego od dnia 3 sierpnia 2016 roku. Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto 8 sierpnia 2016 roku, a więc już w czasie pełnienia przez niego funkcji w Tauron Wytwarzanie S.A. (na SIWZ znajduje się data 3 sierpnia 2016 roku, zaś w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej data publikacji wskazana jest jako 4 sierpnia 2016 r.) W okresie 3 lat przed objęciem stanowiska w Zarządzie Zamawiającego, Pan K. pełnił funkcje Wiceprezesa Zarządu wyłonionego w przetargu Wykonawcy.

Dalej Odwołujący wskazał, że z danych Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że Wykonawca należy do grupy kapitałowej Zarmen sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pozostając podmiotem zależnym wymienionej Spółki. W skład tej samej grupy kapitałowej wchodzi także dwie inne kontrolowane przez Zarmen Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spółki: Zarmen FCP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Zarmen GPP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W obydwu wyżej wymienionych Spółkach, Pan Z. K. pełnił w trakcie przetargu funkcje prezesa Zarządu. Dane Krajowego Rejestru Sądowego wskazują, iż w pierwszej ze wskazanych Spółek zakończył działalność dopiero 21 sierpnia 2016 roku, zaś w drugiej 18 sierpnia 2016. W trakcie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia pełnił zatem funkcję o charakterze decyzyjnym w podmiotach powiązanych kapitałowo i osobowo z wybranym w przetargu Wykonawcą.

Zdaniem Odwołującego, opisane uwarunkowania wskazują, że w postępowaniu przeprowadzonym przez Zamawiającego występuje konflikt interesów po stronie osób podejmujących decyzję w ramach organów korporacyjnych Zamawiającego. Zgodnie zaś z art. 42 Dyrektywy „Państwa członkowskie zapewniają podjęcie przez instytucje zamawiające

odpowiednich środków, by skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także rozpoznawać i likwidować je, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień, by nie dopuścić do jakiegokolwiek zakłócenia konkurencji i zapewnić równe traktowanie wszystkich wykonawców". Zdaniem Odwołującego, wyrazem tej zasady są postanowienia art. 7 PZP, w tym ust. 2 powołanego artykułu. Dokonując wykładni przepisów PZP należy przy tym uwzględnić implementowane przez ten akt ustawodawstwo wspólnotowe, które odnosi się wprost do konfliktu interesów, w konsekwencji sytuacja taka jest bezpośrednio przedmiotem regulacji PZP. Sytuacja zasiadania przez osoby decydujące o udzieleniu Zamówienia w organach Wykonawcy jest wprost opisana w przepisie art. 17 ust 1 pkt 3) PZP i stanowi wręcz ustawowy przykład konfliktu interesów. Sytuacja pełnienia przez przedstawiciela Zamawiającego funkcji Prezesa Zarządu w podmiotach powiązanych z Wykonawcą, mimo, iż nie jest wprost wskazana w ustawie, wpisuje się jednoznacznie w definicję konfliktu interesów.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o., pomimo że nie posiada wymaganego doświadczenia oraz wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej stanowi naruszenie przywołanych powyżej zasad i uderza w pozostałych uczestników Postępowania.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, Wykonawca Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej (pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ). Zgodnie postawionym tam wymogiem wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał przynajmniej jedną usługę w zakresie remontu lub modernizacji układu przepływowego

turbiny parowej osiowej, przynajmniej dwukadłubowej turbozespołu mocy nie mniejszej niż 100 MW, przy czym wartość tej usługi nie mogła być mniejsza 4.000.000 zł brutto.

Wykonawca Elektromontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. w złożonym dokumencie JEDZ oświadczył, że spełnia wyżej wymieniony warunek. Załączył protokół odbioru wykonanych robót/prac z 1 sierpnia 2014 roku, w którym Zamawiający potwierdził, że wybrany wykonawca prawidłowo wykonał prace polegające na remoncie kapitalnym i modernizacji turbiny wraz z urządzeniami pomocniczymi na bloku nr 3 w TAURON Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie, które to prace były realizowane na podstawie umowy nr 2014/0178/RR.

Zdaniem Odwołującego dokument ten nie poświadcza prawdy. Odwołujący stwierdził, że prace wskazane w przedłożonym protokole wykonano nieterminowo, z naruszeniem wymagań jakościowych, zaś ich zakres nie odpowiadał wymaganiom zamawiającego sformułowanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mającego na celu wyłonienie wykonawcy prac, do których protokół ten się odnosi. Zdaniem odwołującego wybrany wykonawca wprowadził więc zamawiającego w błąd co do okoliczności opisanych w omawianym protokole.

W ocenie Izby powyższe zarzuty są bezzasadne.

Zdaniem Izby, Odwołujący przedstawił stwierdzenie o nieterminowym i jakościowo niewłaściwym wykonaniu przez wybranego wykonawcę wcześniejszej umowy zawartej pomiędzy zamawiającym i tym wykonawcą bez udowodnienia okoliczności, na których opiera swoje twierdzenie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć że nie można stwierdzić, aby prace zostały wykonane nieterminowo. Zamawiający w trakcie rozprawy przedstawił aneks nr 1/2014 do umowy z dnia 13 lutego 2014 roku, zgodnie z którym wszystkie terminy wskazane w umowie i jej załącznikach, uległy przedłużeniu o 12 dni kalendarzowych. Powyższe oznaczają, że Wykonawca zrealizował prace w terminie przewidzianym umową.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że:

„Zgodnie z § 3 ust 3 umowy nr 2014/0178/RR za datę wykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę uznaje się dzień podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru po odbyciu ruchu próbnego z wynikiem pozytywnym i dostarczenia przez Wykonawcę pisemnego sprawozdania z przeprowadzonych prac, dokumentacji technicznej powykonawczej. Zgodnie z § 3 ust 4 wskazanej umowy strony postanowiły, że za datę należytego wykonania Umowy przyjmuje się osiągnięcie wymaganych przez Zamawiającego i gwarantowanych w Umowie i załącznikach do niej przez Wykonawcę parametrów pracy turbiny zgodnie z

Dokumentacją Techniczno-Ruchową DTR potwierdzonych w sprawozdaniu z pomiarów cieplnych bloku i badania turbozespołu na podstawie pomiarów, prób i analiz wykonanych przez niezależną firmę zatrudnioną przez Zamawiającego w okresie 6 miesięcznej pracy turbiny. W przypadku, gdy przyczyny leżące po stronie Zamawiającego, nie pozwolą wykonać takich pomiarów w okresie 6 miesięcy liczonych od terminu protokolarnego odbioru wykonania przedmiotu Umowy, uznaje się Umowę za należyście wykonaną w pierwszym dniu po upływie 6 miesięcy.

W trakcie realizacji prac objętych wskazaną umową zamawiający realizował zadanie inwestycyjne polegające na budowie instalacji ograniczającej emisję tlenków azotu. Niezwłocznie po zakończeniu prac na turbinie zamawiający przystąpił do optymalizacji pracy kotła niezbędnej ze względu na budowę wspomnianej instalacji na bloku 3. Celem bowiem nadrzędnym dla zamawiającego było wówczas zoptymalizowanie pracy kotła umożliwiające jego eksploatację w zmienionych uwarunkowaniach prawnych dotyczących emisji tlenków azotu do atmosfery. Prowadzone na kotle prace uniemożliwiały w tym czasie osiągnięcie odpowiednich dla całego bloku optymalnych warunków pracy, a co za tym idzie wykonanie pomiarów gwarancyjnych w założonym umową okresie. Wobec powyższego, z przyczyn technicznych leżących po stronie zamawiającego, nie wykonano tych pomiarów, zaś na skutek upływu terminu powstało domniemanie należytej realizacji umowy. Równocześnie podkreślić należy, że od czasu protokolarnego odbioru prac 1 sierpnia 2014r. turbina jest eksploatowana bez ograniczeń. Krótki postój turbiny, w okresie od 29 lipca 2014 r. do 3 sierpnia 2014 r. spowodowany koniecznością wykonania prac na kotle, został wykorzystany przez wykonawców prac na turbinie (w tym odwołującego) do usuwania drobnych usterek gwarancyjnych, które nie limitowały pracy urządzenia. Zgodnie z przytoczonymi wyżej postanowieniami § 3 ust 4 w pierwszym dniu po upływie 6. miesiąca od terminu protokolarnego odbioru wykonania przedmiotu umowy, umowę uznać należało za wykonaną należyście. Odmienna interpretacja w powyższych okolicznościach sprzeczna byłaby z treścią zobowiązania. Tym samym zamawiający uznał, że wybrany wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu." Zamawiający wyjaśnił, że skorzystał z przewidzianego umową domniemania zrealizowania prac. Wyjaśnił także, że urządzenie pracuje prawidłowo, działała poprawnie od początku, a obecnie została sklasyfikowana w strefie A.

Zamawiający w trakcie rozprawy przedstawił Raport kwartalny ze stanu dynamicznego turbozespołu 13K 225 Turbozespół nr 3. W treści dokumentu w rozdziale zatytułowanym Analiza i wnioski stwierdzono, że: „Jakość danych jest dobra dla oceny i analizy. Dostępne stany pracy stabilnej i przejściowej nie wnoszą ograniczeń do analizy.” Dalej stwierdzono, że pracę urządzenia zakwalifikowano w strefie A. Ponadto: „Zgodnie z powyższym stan techniczny określa się jako dobry i kwalifikuje do długotrwałej pracy bez ograniczeń eksploatacyjnych.”

Nadto Zamawiający przedstawił protokół uzgodnień z dnia 3.10.2016 r. W protokole stwierdzono ustabilizowanie się drgań, a także, że zostały potwierdzone parametry, a turbina zaś pracuje poprawnie. W związku z powyższym dostąpiono od wykonawcy przez wykonawcę Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. zgłoszonych napraw gwarancyjnych. Powyższe dowody jednoznacznie potwierdzają prawidłowe działanie urządzenia, a zatem nie można uznać, aby umowa nie została zrealizowana prawidłowo i aby było to sprzeczne z treścią protokołu z dnia 1 sierpnia 2014r.

Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił korespondencję pomiędzy Wykonawcą Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. a Zamawiającym, do której załącznikami są pisma z 26.11.2014 r., oraz notatka służbowa z 08.08.2014 r. Pisma te, w ocenie Odwołującego wskazują na podejmowane działania naprawcze przez Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o., co w ocenie Odwołującego stanowi dowód na nieprawidłową realizację przedmiotu umowy. Należy jednak zauważyć, że z treści tej notatki wynika, że dokonywana była ocena pracy całego turbozespołu, a więc nie tylko samej turbiny. Zatem z treści notatki nie wynika, aby wskazane nieprawidłowości dotyczyły wad turbiny, czyli zakresu robót Wykonawcy. Powyższe nie oznacza, że część za jaką odpowiadał wykonawca nie była w sposób należyty wykonana. Ponadto na stronie 3 notatki służbowej znalazło się stwierdzenie: „turbozespół nadaje się do nieograniczonej, długotrwałej eksploatacji”. Zdaniem Izby powyższe oznacza, że nie można jednoznacznie stwierdzić nieprawidłowej realizacji przedmiotu umowy. W konsekwencji należy stwierdzić że skoro istnieją dowody, które jednoznacznie potwierdzają, że urządzenie pracuje w sposób prawidłowy, to oznacza, że nie można uznać, że Wykonawca Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. w sposób nienależyty wykonał przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby zarzut niewykonania całego zakresu prac należy uznać za bezzasadny. Zamawiający w treści przewidział możliwość rezygnacji z części prac. Zgodnie z §5 ust 2 umowy strony dopuściły możliwość ograniczenia zakresu i stosownego obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zamawiający w treści SIWZ (punkt V str. 163 SIWZ, załącznik nr 1 do rozdziału III SIWZ dla części VII) zastrzegł możliwość rezygnacji z niektórych zadań po ocenie stanu technicznego urządzeń przez osoby uprawnione, komisje i służby diagnostyczne. W takim przypadku wynagrodzenie zostanie zmniejszone o wartość nie zrealizowanego zakresu prac. Powyższe oznacza, że skoro Zamawiający już w treści SIWZ zastrzegł sobie możliwość rezygnacji z niektórych prac to oznacza, że nie można zarzucić Wykonawcy, że nie zrealizował całości prac, w sytuacji, gdy sam Zamawiający odstąpił od wymagania ich realizacji.

Należy podkreślić, że Wykonawca Elektromontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. zrealizował prace na rzecz tego samego Zamawiającego. Nie jest możliwe wprowadzenie w błąd Zamawiającego, co do jakości prac wykonanych w ramach zawartej umowy i oceny czy zobowiązanie to zostało zrealizowane prawidłowo. Protokół odbioru zrealizowanych prac został wystawiony przez Zamawiającego i dotyczył realizacji prac na jego obiektach. Wystawiając protokół odbioru, Zamawiający potwierdził, że wybrany wykonawca zrealizował swoje zobowiązanie w sposób prawidłowy. Zamawiający, który posiada wszelkie informacje dotyczące okoliczności wskazanych w przedłożonym przez wybranego wykonawcę dokumencie, jest w stanie zweryfikować, czy zobowiązanie zostało wykonane prawidłowo. Co więcej, Wykonawca Elektromontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. przedstawił w trakcie rozprawy list referencyjny z dnia 16 września 2016 roku, w którym wyszczególniono zrealizowane prace i stwierdzono, że prace zostały wykonane zgodnie z dokumentacją i zachowaniem przepisów bhp. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że protokół odbioru zawiera jakiegokolwiek informacje nieprawdziwe.

Odwołujący podniósł także zarzut istnienia konfliktu interesów po stronie osób podejmujących decyzję w ramach organów korporacyjnych Zamawiającego. Konflikt ten dotyczyć powiązań Członka Zarządu Zamawiającego – Pana Z.K. – z wykonawcą Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. Odwołujący swój zarzut wywodził z faktu, że według danych ujawnionych w Krajowym Rejestrze Sądowym, Pan Z. K. w okresie 3 lat przed objęciem funkcji w Zarządzie Zamawiającego, pełnił funkcję Wiceprezesa Zarządu wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o., a ponadto był członkiem Zarządu dwóch innych spółek należących do tej samej grupy kapitałowej, co Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o.: Zarmen FCP sp. z o.o. (do 21.08.2016 r.) oraz Zarmen GPP sp. z o.o. (do 18.08.2016 r.).

Izba powyższy zarzut uznała za nieuzasadniony.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do przyjęcia istnienia konfliktu interesów po stronie osób podejmujących decyzje u Zamawiającego.

Izba przede wszystkim miała na uwadze fakt, że wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym zmian wśród członków organów spółek z ograniczoną odpowiedzialnością ma charakter deklaratoryjny. Oznacza to, że odwołanie danej osoby z organu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (w tym z zarządu) nie następuje z chwilą ujawnienia tego faktu w Krajowym Rejestrze Sądowym, ale z chwilą wystąpienia okoliczności powodujących, że dana osoba przestaje być członkiem tego organu. Okolicznościami tymi w szczególności może być odwołanie z zarządu spółki przez uprawniony do tego organ lub złożenie rezygnacji.

Jak wynika z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego, na mocy uchwały nr 01/07/2015 z dnia 30.07.2015 r., podjętej przez Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o., Pan Z. K. z dniem 31.07.2015 r. został odwołany z pełnienia funkcji Wiceprezesa Zarządu tej spółki. Zamawiający przedstawił także dwa oświadczenia złożone przez Pana Z.a K.:

- oświadczenie z dnia 23.06.2016 r. o rezygnacji przez Pana Z.a K. z pełnienia funkcji Prezesa Zarządu spółki pod firmą Zarmen FCP sp. z o.o. ze skutkiem na dzień 30.06.2016 r.,
- oświadczenie z dnia 23.06.2016 r. o rezygnacji przez Pana Z.a K. z pełnienia funkcji Prezesa Zarządu spółki pod firmą Zarmen GPP sp. z o.o. ze skutkiem na dzień 30.06.2016 r.

Oba oświadczenia zawierają adnotacje o przyjęciu ich przez spółki.

Z powyższych dokumentów wynika więc, że w chwili wszczęcia niniejszego postępowania przez Zamawiającego, Pan Z. K. nie był członkiem Zarządu Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o., jak również nie był członkiem Zarządu Zarmen FCP sp. z o.o. ani Zarmen GPP sp. z o.o. Z przedstawionych przez Zamawiającego wynika bowiem, że członkostwo Pana Z.K. w Zarządach spółek ustało odpowiednio: w odniesieniu do Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. – w dniu 30.07.2015 r., w odniesieniu do Zarmen FCP sp. z o.o. – w dniu 30.06.2016 r., a w odniesieniu do Zarmen GPP sp. z o.o. – także w dniu 30.06.2016 r. Wpis powyższych okoliczności w Krajowym Rejestrze Sądowym jedynie potwierdza te fakty, ale nie przesądza, w jakiej dacie nastąpiły.

Co więcej, w aktach sprawy, w protokole postępowania znajduje się informacja o tym, że Pan Z. K. wyłączył się od udziału w postępowaniu. Oznacza to, że nie prowadził czynności w postępowaniu przetargowym. A to z kolei oznacza, że nie zachodzi konflikt interesów, na jaki wskazywał Odwołujący. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób miała być zostać naruszona transparentność w niniejszym postępowaniu.

W świetle powyższego, Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zgodnie z przedstawionym spisem kosztów. Zgodnie z treścią §3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Spis kosztów nie jest rachunkiem o którym mowa w przywołanym powyżej przepisie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....